دور قاضي شؤون الأسرة في تكريس مصادر الاجتهاد القضائي

يامن بن دريس
كلية الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر1

ملخص

إن دور قاضي شؤون الأسرة مهم جدا في تكريس مصادر الاجتهاد القضائي؛ فقاضي شؤون الأسرة يطبق القواعد القانونية المدّونة. وهي القواعد القانونية المكتوبة التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع، كالقواعد الدستورية والمعاهدات الدولية والقوانين، وكذلك التنظيمات، علاوة على أن قاضي شؤون الأسرة يطبق المصادر غير المدونة؛ وهي المصادر التي لم تسن في نص قانوني معين كالشريعة الإسلامية، خاصة أن المادة 222 من قانون الأسرة التي يلجأ إليها قاضي شؤون الأسرة عند أي فراغ قانوني فيجد نفسه أمام مصادر الشريعة الإسلامية المتعددة والواسعة التي تتطلب تخصص القاضي في شؤون الأسرة.

الكلمات المفاتيح: قاضي شؤون الأسرة، مصادر الاجتهاد القضائي، مصادر الشريعة الإسلامية.

Le rôle du juge des affaires familiales pour consacrer les sources de la jurisprudence

Résumé

Le rôle du juge des affaires familiales est très important pour consacrer les sources de la jurisprudence, Le juge des affaires familiales applique Les règles juridiques écrites qui sont élaborées pour les autorités publiques compétentes dans l'état pour gérer les relation des individus dans la société comme les règles Constitutionnelles, les conventions international ,les lois ,les réglementaires, en plus le Judge des affaires familiales applique des sources non écrites, comme les sources qui ne sont pas légiférer dans un texte juridique désigne comme la charia Islamique. Notamment, L'article 222 de la loi sur la famille que le Juge des affaires familiales recours à juger quand le vide Juridique. Cependant, les sources de la charia Islamique sont multiples et larges, ils nécessitent un juge spécialisé Dans les affaires familiales.

Mots-clés: Juge des affaires familiales, sources de la jurisprudence, sources de la charia islamique

The role of the family affairs judge to devote the sources of jurisprudence

Abstract

The role of the judge is very important in family matters to devote the sources of jurisprudence. The family judge applies written legal rules that were established by the state's competent authorities to govern relationships between individuals in the society, as constitutional rules, international treaties and laws. Also, regulations, besides the family judge applies unwritten sources that were not promulgated in a legal text, such as the Islamic chariaa especially the article 222 of the family law, that was used by the judge, and found himself obliged to use the sources of Islamic law, that is multiple and wide, also this Islamic law needs a specialized judge in family affairs.

Key words: Family affairs Judge, sources of jurisprudence, sources of Islamic law.

مقدمة

نصت المادة 140 من دستور 1996 "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة"، وجاء في ديباجة هذا الدستور "إن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية". تبعا لذلك لا مناص لقاضي شؤون الأسرة إلا أن يتقيد بالصلاحيات الممنوحة له بموجب الدستور باعتباره الوثيقة السامية وفقا لما يتضح من فحوى الديباجة بأنه "فوق الجميع"، فالقاضي ملزم أثناء الفصل في النزاعات المعروضة عليه، بالحفاظ على الحقوق والحريات الفردية والجماعية، وفقا لمبادئ "الشرعية والمساواة".

كما أنه ملزم بتطبيق النص الدستوري على غيره من النصوص القانونية[1]، وعلاوة على ذلك إذا كان الدستور قد رسم حدودا دستورية ينطلق منها قاضي شؤون الأسرة في إصدار أحكامه فقد وضع حدودا أخرى ينطلق منها، كالمعاهدات الدولية، والقواعد التشريعية، والقواعد التنظيمية.

غير أن قاضي شؤون الأسرة قد لا يجد الحل في الدستور والمعاهدات الدولية والقواعد التشريعية والقواعد التنظيمية فيلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كحل بديل للفصل في الخصومات، والحفاظ على حقوق وحريات المواطنين ومن ثمة علينا أن ننطلق في رحاب الفكر القانوني، والفقهي، والاجتهادي لنستخلص مدى تطبيق قاضي شؤون الأسرة لمختلف مصادر الاجتهاد القضائي؟

للإجابة عن هذا السؤال نتطرق إلى دور قاضي شؤون الأسرة في تكريس القواعد القانونية المدونة "**المبحث الأول** "ودور قاضي شؤون الأسرة في تكريس القواعد القانونية غير المدونة "**المبحث الثاني**".

المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في تكريس القواعد القانونية المدونة

نصت المادة 152 من دستور 1996 على ما يأتي "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية، والمحاكم.

يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة "

نستشف من هذه المادة أن قاضي شؤون الأسرة هو الذي يكون على مستوى المحاكم والمجالس والمحكمة العليا كهيئة لتوحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهر على احترام القانون، وبذلك فقاضي شؤون الأسرة في مختلف الجهات القضائية مناط به تكريس القواعد القانونية المدونة من أعلى قاعدة إلى أدنى قاعدة، **فإلى أي مدى كرس قاضي شؤون الأسرة القواعد القانونية المدونة؟**

ونقصد بالقواعد القانونية المدونة التشريع بمفهومه الواسع، وهي القواعد القانونية المكتوبة التي تم وضعها من قبل السلطات المختصة في الدولة لحكم علاقات الأفراد في المجتمع[2] وتشمل القواعد الدستورية "**المطلب الأول**" المعاهدات الدولية "**المطلب الثاني**" القواعد التشريعية "**المطلب الثالث**" القواعد التنظيمية "**المطلب الرابع**".

المطلب الأول: القاعدة الدستورية

ويقصد بالقواعد الدستورية المبادئ والقواعد الدستورية الموجودة في المواد الدستورية التي ينبغي على قاضي شؤون الأسرة أن يتقيد بها في أحكامه وقراراته على مستوى مختلف درجات التقاضي.

عرف الأستاذ رابحي أحسن الدستور، بجمعه بين المعيار الشكلي والموضوعي[3] في قوله "يشمل الدستور مجموعة من القواعد القانونية السامية المدونة في الوثيقة الأساسية "كتاب الدستور" أو النصوص المماثلة "القوانين العضوية" والمتميزة شكلا عن القواعد القانونية العادية من حيث طريقة الإصدار، وإجراءات التعديل وكذا ترتيبها ضمن الهرم التقليدي.

كما تتميز عنها مضمونا من حيث ارتباط موضوعاتها بالنظام السياسي للدولة وكذا طبيعة نظام حكمها وتنظيم سلطاتها العامة التنفيذية، والتشريعية والقضائية، علاوة على العلاقات الوظيفية المتفاعلة، وكذا الحقوق والحريات الفردية والجماعية".

وقد نص دستور 1996 في المادة 58 منه على ما يأتي "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".

ونصت المادة 65 منه على ما يأتي "يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم، ورعايتهم، كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم".

نستشف من المادتين أنها تكلمت عن الأسرة وكفلت لها الحماية اللازمة، ومن ثمة فقاضي شؤون الأسرة ملزم التقيد بالمواد الدستورية والاستناد عليها حتى في أحكامه، لأن المواد الدستورية هي التي تستمد منها القوانين الأخرى شرعيتها.

ونصت القاعدة الدستورية عبر مختلف مراحل تطورها على إجراءات لا بد على قاضي شؤون الأسرة أن يتقيد بها.

بالنظر في دستور 1963، نجده يعترف بحق الدفاع ويكون مضمونا[4] ولم يعترف بمبدأي التسبيب والعلانية، كمبادئ دستورية، يقيد بها القاضي أحكامه، لضمان أكثر للحقوق والحريات.

وبمجيء دستور 1976، قيد القاضي في المادة 176، منه على أن تعلّل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية[5] لكن هذين المبدأين ربطا " بمساهمة القاضي في الدفاع عن مكتسبات الثورة الاشتراكية، وحماية مصالحها[6].

ويعتبر دستوري 1988، و1996 من بين الدساتير الضامنة لحقوق وحريات المواطنين، وفقا لمبادئ التسبيب، العلانية، حقوق الدفاع أكثر من سابقيها[7].

أولا: التسبيب

إن قاضي شؤون الأسرة ينبغي عليه أن يتقيد بمبادئ التسبيب، العلانية، حقوق الدفاع في جميع أحكامه ولهذا نجد كثيرا من قضاة الأسرة على مستوى المحكمة العليا يصدرون قرارات تراقب تسبيب الأحكام والقرارات التي يصدرها قضاة شؤون الأسرة على مستوى المجالس والمحاكم. بقولها مثلا [8]"متى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج **رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن تحديد الصداق لا يبطل الزواج**".

ونصت المادة 144 من دستور 1996 على ما يأتي "تعلل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية".

تعد هذه المادة بلا منازع، **ضمانا دستوريا**، لإرساء القاضي حقوق وحريات المتقاضي، فكلمة تعلل الأحكام القضائية، جعل من التسبيب التزاما دستوريا، على غرار ما فعله الدستور الإيطالي في المادة 111 والمادة 97 من الدستور البلجيكي، والمادة 93 فقرة 3 من الدستور اليوناني(9).

ويقصد بتسبيب الحكم القضائي، "بيان الأدلة الواقعية، والأسانيد القانونية التي اعتمدتها المحكمة، وأقامت عليها قضاءها. وقد جاء في إحدى قرارات غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 19 مارس 1990 المجلة القضائية العدد الأول سنة 1990 (10) "**من المقرر قانونا أن القرار الذي تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى وما أبدي من طلبات ودفوع أطرافها فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب، ولما كان ثابتا أن القرار المطعون فيه اكتفى في حيثياته بذكر بعض أقوال الطاعن دون تحليلها والإجابة عنها وإعطائها الصفة القانونية للاقتناع بها، يعد غير مسبَّب بما فيه الكفاية مما يعرضه للنقض**".

وتكمن أهمية التسبيب، إلى جانب حماية حقوق المتقاضين، ضمان لعدم القضاء بناء على هوى، أو ميل شخصي، ويؤدي إلى احترام حقوق الدفاع، وبه يتم الاستدلال محل التأكيدات، ويصبح الحكم وسيلة للإقناع وليس مجرد وصول للسلطة، التي يتمتع بها القاضي، وهو ما يكسب الأحكام ثقة المتقاضين، بتبيين الأسباب الواقعية والقانونية، لحق الطعن، فيكون ضمانة وحماية أكيدة للقضاة من الضغوط.

ثانيا: علنية الجلسة

أكدت المادة 144 من دستور 1996 "**على أن النطق بالأحكام يكون في جلسة علنية**"، **فالنطق بالحكم القضائي**، هو قراءته بصوت عال في الجلسة ،وقد تشمل القراءة المنطوق والأسباب، وقد تقتصر على المنطوق وحده، وقبل النطق بالحكم القضائي لا يكون له وجود قانوني حتى ولو كتبت مسودته، لأنه ما دام لم ينطق بالحكم فإنه يجوز للمحكمة أن تغيره أو تعدله.

ويعد مبدأ علانية النطق بالحكم القضائي من المبادئ الأساسية في التنظيم القضائي الجزائري ويجب مراعاته في جميع الأحكام القضائية، إلا ما أستثني بنص خاص.

فدستور 1996 ألزم القاضي بمبدأ التسبيب وعلنية الجلسة، تكريسا، وحماية لحقوق المتقاضي، وهو الشيء المفقود على مستوى دساتير المغرب العربي، كتونس وموريتانيا، والمغرب الأقصى.

وبالإطلاع على الأمر 154/66، المؤرخ في 5 يونيو 1966، أورد في المادتين 31 و38 أن الجلسات علنية، في حين استثنى القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وخرج عن القاعدة العامة المتمثل في علنية الجلسات، وكرس سرية الجلسات إذا كانت تخالف النظام والآداب العامة.

ولهذا نجد أن أحكام شؤون الأسرة الصادرة عن المحكمة والقرارات الصادرة عن المجلس وحتى المحكمة العليا تشير إلى صدورها علنيا في آخر القرار.

ثالثا: الحق في الدفاع

نصت المادة 151 من دستور 1996 "أن الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية".

ونصت المادة 02 من القانون 13 – 07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المنشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 أكتوبر 2013 عدد **55** "**المحاماة مهنة حرة ومستقلة تعمل على حماية وحفظ حقوق الدفاع وتساهم في تحقيق العدالة واحترام مبدأ سيادة القانون**".

إن حق الدفاع يعترف به، وفقا لما يتضح من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ يجعل للخصوم حق اختيار مدافع من عدمه على مستوى المحكمة؛ بمعنى إمكانية للخصم مباشرة الدعوى المدنية، وتحريكها بنفسه وقد يكون الدفاع إجباريا كما هو الشأن على مستوى المجلس القضائي باستثناء المستفيدين من المساعدة القضائية[11]. ولهذا نجد في قرارات غرفة شؤون الأسرة عندما تجيب على إحدى الطعون بالنقض تشير إلى المحامي المتأسس في حق المدعي أو المدّعي عليه بعبارة "**أن السيدة طعنت بالنقض بعريضة قدمها محاميها الأستاذ**"[12]. إذا مما سبق يتضح تطبيق القاضي للإجراءات والقواعد الدستورية، وبالتطرق إلى تكريس قاضي شؤون الأسرة للقاعدة الدستورية وإلزامية التقيد بها نتطرق **إلى مدى تكريس قاضي شؤون الأسرة للمعاهدات الدولية.**

المطلب الثاني: المعاهدات الدولية

نصت المادة 132 من دستور 1996 على ما يأتي "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القوانين".

إذا يتضح أن الدستور نص على سمو المعاهدات الدولية على القوانين فهل كرَّس قاضي شؤون الأسرة المعاهدات في أحكامه؟

لقد عرفت اتفاقية فينا المعاهدات الدولية بأنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه[13].

لوحظ بهذا الشأن اعتماد قاضي شؤون الأسرة على مستوى المحكمة العليا[14] على المادة الأولى الفقرة د من الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمصادق عليها **بالأمر رقم 65 – 164 المؤرخ في 29 جويلية 1965**، وذلك للتأكيد على "**أن لا يجوز إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم أجنبي متعارض مع حكم جزائري**". بسبب أنه رفضت دعوى الزوجة بالخلع أمام المحاكم الجزائرية وتم إلزامها بالرجوع إلى البيت الزوجية، في حين الحكم الأجنبي وافق على طلاق الزوجة. وبذلك جاء الحكم الأجنبي متناقضا مع الحكم الوطني لما قضى بالطلاق بناء على طلب الزوجة.

وبهذا يكون قاضي شؤون الأسرة قد طبق المعاهدات الدولية **فإلى أي مدى كرَّس القواعد التشريعية؟.**

المطلب الثالث: القواعد التشريعية

نقصد بالقواعد التشريعية هي القواعد القانونية التي يصدرها البرلمان أو السلطة التنفيذية في حدود الدستور والقوانين المخولة لذلك وقد أ كد الفقيه ديجي Duguit أن القانون يتضمن القواعد العامة المجردة [15].

وأكد الفقيه هوريو Hauriou بأن القانون يقوم بحراسة الحريات العامة وحماية الحقوق الفردية كونه الإرادة العامة المعبرة عن إرادة الأمة.

ويرى جل الفقهاء أن العمل التشريعي يكون منبعه البرلمان.

ومن بين القواعد التشريعية التي يطبقها قاضي شؤون الأسرة هي كل القوانين التي لها علاقة بالنزاع الذي يفصل فيها لا سيما:

– قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

– الأمر رقم 20/70 الصادر بتاريخ 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم.

– الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

– القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23 أفريل 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإلى غير ذلك من التشريعات الأخرى.

– الأمر 06– 01 المؤرخ في 27 فيفري 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

فعلى سبيل المثال استندت المحكمة العليا على المادة 09 من قانون الأسرة لتأكيد أن اجتهادها يكون مطابقا للقانون بقولها[16] "**يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة**".

– **وقد استندت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية[17] على** الأمر 06– 01 المؤرخ في 27 فيفري 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية بقولها "**يتم في إطار تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، التصريح بوفاة الشخص المفقود، بموجب حكم قضائي، اعتمادا على محضر معاينة فقدان الشخص المعني، المعد من طرف الشرطة القضائية وليس اعتمادا على شهادة الشهود**".

وإذا كان قاضي شؤون الأسرة يكرس مختلف القواعد التشريعية **فإلى أي مدى كرس القواعد التنظيمية؟.**

المطلب الرابع: القواعد التنظيمية

يقصد بالقواعد التنظيمية القواعد التي يصدرها رئيس الجمهورية بموجب مراسيم رئاسية أو الوزير الأول بموجب مراسيم تنفيذية أو الوزير بموجب قرار وزاري أو من يقوم مقامهم في السلطة التنفيذية.

وقد أكد هوريو Hauriou[18] السلطة التنظيمية تكون مستقلة عن القانون ولا تستمد، وجودها منه.

أما كاري ديملبارغ Carré de malberg فأكد أن السلطة التنظيمية تستمد مصدرها من السلطة الأعلى منها فتتعاون كل سلطات الدولة وهيآتها في تكوين البناء القانوني[19].

ويرى الفقهاء أن السلطة التنظيمية ينظر إليها من الجهة المصدرة لها، وهي السلطة التنفيذية.

وبخصوص القواعد التنظيمية اعتمد قاضي شؤون الأسرة على مستوى المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 11 مارس 2009 على **المرسوم رقم 77–60 المؤرخ في 02 مارس 1977 المتضمن تحديد قناصل الجزائر** وذلك ليؤكد على أن الوكالة المحررة من طرف قنصل جزائري بالخارج، وكالة رسمية[20].

كما اعتمد في إحدى القرارات المؤرخة في 14 نوفمبر 2007 بمجلة المحكمة العليا سنة 2011 ص 237" **أن الإشهاد الصادر عن وزارة الشؤون الدينية كاف لاعتناق الدين الإسلامي**".

يتضح مما سبق اعتماد قاضي شؤون الأسرة على القواعد التنظيمية المتمثلة في المرسوم والقرارات الوزارية المتمثلة في الإشهاد الصادر عن وزارة الشؤون الدينية.

وبانتهائنا من دور قاضي شؤون الأسرة في تكريس القواعد القانونية **المدونة إلى أي مدى كرس القواعد القانونية غير المدونة ولاسيما الشريعة الإسلامية.**

المبحث الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة في تكريس القواعد القانونية غير المدونة

المصادر غير المدونة هي: المصادر التي لم تسن في نص قانوني معين، وبالتالي يمكن القول إنها مصادر تخرج عن الإطار المرجعي المعروف من دستور، ومعاهدات وقوانين، ومراسيم، وقرارات.

وعليه فالمصادر غير المدونة التي سنتناولها في هذا المبحث هي الشريعة الإسلامية التي تهم قاضي شؤون الأسرة وليس المبادئ العامة للقانون، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي الذي لا يسع الكلام عنها في سطور قليلة.

تعتبر الشريعة الإسلامية من الشرائع الدينية، التي لم تستطع القوانين التخلي عن أحكامها بل إنها حظيت بالعناية في أرقى قانون وهو الدستور.

تبعا لذلك أصبح من اللازم التطرق إلى الإطار الدستوري للشريعة الإسلامية "**المطلب الأول**" والإطار التشريعي للشريعة الإسلامية "**المطلب الثاني**" والإطار القضائي للشريعة الإسلامية "**المطلب الثالث**".

المطلب الأول: الإطار الدستوري للشريعة الإسلامية

"**بسم الله الرحمن الرحيم**"، هي جملة تفتح بها جميع الدساتير الجزائرية التدوين الدستوري وتبتدئ بها جل الخطابات السياسية وعادة ما يتم إدراجها في اليمين القانونية لإطارات وموظفي الدولة[21].

ودون أن ننكر مصدرها الأساسي نجدها تتبع من أصول التشريع الإسلامي[22]، وبالضبط من **القرآن الكريم**[23] وهو الكلام المعجز المنزل على النبي صلى الله عليه وسلم، المكتوب في المصاحف المنقول عنه بالتواتر المتعبد عنه بتلاوته.

وقد أكد بعض الفقهاء على أن البسملة "**تعد آية في كل سورة**"[24].

وعني دستور 1996 بالإسلام فأدرج في ديباجته "بأن من مكوناته الأساسية لهوية الشعب هي الإسلام".

وحرر في الباب الأول المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وأقرت في المادة 02 منه "**بان الإسلام دين الدولة**".

وقد **وردت كلمة الدين بإسناداتها المختلفة في القرآن الكريم** (دينكم، دينهم، ديني في اثنين وتسعين موضعا في القرآن الكريم، لتعطي لنا معاني متعددة نوجزها في ما يأتي:

الدين بمعنى القانون في قوله سبحانه وتعالى ﴿ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله﴾[25].

والدين بمعنى الجزاء في قوله تعالى ﴿والذي أطمع أن يغفر لي خطيئتي يوم الدين﴾[26].

والدين بمعنى الطاعة والانقياد في قوله تعالى ﴿وله ما في السماوات والأرض وله الدين واصبا﴾[27].

أما **الإسلام في أبسط معانيه**[28]، فهو توحيد الله سبحانه وتعالى والخضوع والانقياد لأوامره وإخلاص العبادة له والإيمان بالأصول والمبادئ التي جاء بها الرسل.

إذا فهو منهاج إلهي عام لتنظيم الحياة الإنسانية نظاما كاملا شاملا يتضمن مبادئ عامة، تنظم حياة الفرد والجماعة، غايته أن تأخذ به البشرية كلها وتصوغ حياتها وفق مبادئه التي تلائم جميع الأوضاع وتسمح بتطور التشريع وفقا لحاجات كل مجتمع بصرف النظر عن اختلاف الزمان والمكان[29].

بناء على ذلك تواصلت المواد الدستورية في الاعتراف بالدين الإسلامي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فسنت المادة 06 منه على "**منع المؤسسات من إتيان السلوك المخالف للدين الإسلامي**".

حتى أن رئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور، طبقا للمادة 70 ملتزم قبل ذلك وأثناء ترشحه لرئاسة الجمهورية وفقا للمادة 71 من الدستور **أن يدين بالدين الإسلامي**".

ويستمر الوضع في إيلاء العناية اللازمة بالإسلام في المادة 171 بتأسيس لدى رئيس الجمهورية **مجلس إسلامي أعلى** يتولى على الخصوص ما يأتي "**الحث على الاجتهاد وترقيته، إبداء الحكم فيما يعرض عليه رفع تقرير دوري إلى رئيس الجمهورية عن نشاطه**".

هكذا يتضح جليا **ضمان الطبيعة الدستورية للإسلام،** حيث يفتح المجال لاعتباره مصدرا هاما إلى جانب التشريع بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة، بحكم ما ورد أيضا في نص المادة 178 التي أوردت أنه "**لا يمكن تعديل دستوري أن يمس بالإسلام باعتباره دين الدولة**".

بمعنى أنه لا يمكن للسلطة التنفيذية والتشريعية سن قانون يتنافى وتعاليم الدين الإسلامي مما يؤول إلى أن الشريعة الإسلامية من الناحية النظرية تعتبر مصدرا أساسيا ورسميا بحكم الدستور[30] في حد ذاته حيث يمكن أن ينطلق منها قاضي شؤون الأسرة للفصل في أي نزاع.

وبهذا فقد أثبت الواقع أن العديد من البشر لا ترهبهم مبادئ الأخلاق بقدر ما يرهبهم الدين والقوة لأن الإنسان رغم القوة الخفية التي يشعر بأنها موجودة، لا يراها ويحس بها ولا يلمسها[31].

وقد نهجت دساتير البلدان المغاربية نهج الدستور الجزائري:

ففي قانون 01 جوان 1959 المتضمن **دستور تونس** ، ابتدأ في التوطئة "ببسم الله الرحمن الرحيم "وأقر بتعلقه بتعاليم الدين الإسلامي.

وفي نفس السياق ثبت **في ظهير شريف المغربي** المؤرخ في 07 أكتوبر 1996 المتعلق بتنفيذ نص الدستور المغربي ، فأرسى في التصدير بأن المملكة المغربية دولة إسلامية.

غير **أن الدستور الموريتاني** المؤرخ في 20 يوليو 1991 أسهم في ديباجته وبصفة مباشرة وواضحة "على أن الدين الإسلامي هو المصدر الوحيد للقانون، فيفهم من ذلك ترتيب سمو الشريعة الإسلامية على جميع القوانين".

يفهم من الإطار الدستوري للشريعة الإسلامية أنها عنصر جوهري يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يأخذ بها في أحكامه بمقتضى الدستور في حد ذاته، **فإلى أي مدى تناول التشريع الشريعة الإسلامية لتكون مصدرا للقاضي لفصله في الخصومات؟.**

المطلب الثاني: الإطار التشريعي للشريعة الإسلامية

إن المستشف لنص المادة الأولى من القانون المدني يجد أنها تدرج الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بقولها "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة"

إلا أنه وبالنظر إلى تعداد المواد الدستورية التي نظمت الإسلام والدين حسبما تم الإشارة إليه سلفا ولا سيما المادة 178 من دستور 1996، فـ "**أنه لا يجوز المساس البتة بالدين الإسلامي**"، أي أن الحظر مطلق على جميع السلطات، وعليه يمنع على السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية المساس بأي مصدر من مصادر الدين الإسلامي.

مما يفيد أن محتوى المادة الأولى من القانون المدني تعتبر مادة جوهرية ينطلق منها قاضي شؤون الأسرة في الفصل في مختلف القضايا وهذا ما تجسده المادة 222 من قانون الأسرة بقولها "**على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

وتناول أيضا قانون الوقف 11/91 في المادة 02 منه "على غرار أحكام هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في هذا القانون"[32].

فنلاحظ بذلك أن الإحالة جاءت واسعة وشاملة لجميع مصادر التشريع الإسلامي[33] وبطبيعة الحال وأمام المواد الصغيرة لقانون الأسرة التي عددها 224 مادة فإن القانون يبقى عاجزا عن معرفة تفاصيل وضعية وحالة الأشخاص مما ينبغي على القاضي أن يكون ملما بمصادر الفقه الإسلامي المتنوعة ليصل إلى الحل الوسط والسليم لكل قضية تعرض عليه.

بالإضافة إلى ذلك نظم المرسوم الرئاسي 179/91 **المجلس الإسلامي الأعلى**[34]، فوضح في المادة 03 منه الاعتماد على القران الكريم والسنة النبوية وجهود السلف الصالح، مع ترقية الوعي الإسلامي.

وتبعه المرسوم التنفيذي رقم 81/91 **المتعلق ببناء المساجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته**[35]. فحث في المادة 11 تحدث بالمساجد الوطنية الهامة معاهد عليا لتدريس علوم الشريعة الإسلامية و استمر **المرسوم التنفيذي رقم 13- 377 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الأساسي للمسجد** في الاهتمام بمصادر التشريع الإسلامي باحتواء المساجد على مدارس قرآنية وتدريس العلوم الإسلامية طبقا للمواد 6 و13 منه، وعليه يتضح اهتمام السلطة التنفيذية بالشريعة الإسلامية كمصدر ينطلق منه للتدريس ونشر وتسيير وتحفيظ القرآن الكريم.

وإذا ما توغلنا أيضا في المرسومين التنفيذيين رقم 82/91 [36] و83/91 [37] تتجسد غاية التظاهرات الدينية وعلاوة على ذلك كفالة نظارة الشؤون الدينية لاتخاذ التدابير لضمان السير الحسن للنشاط الديني.

ويظهر أن المرسوم التنفيذي رقم 135/07 **المحدد لشروط وكيفيات تسيير التظاهرات الدينية لغير المسلمين**[38]، بأنه عزز رقابة السلطات اللامركزية ممثلة في شخص الوالي على التظاهرات الدينية لغير المسلمين بإخضاعها إلى تصريح من الوالي مع إمكانية منعه كل تظاهرة تشكل خطرا على النظام العام.

إذا نرى مما سبق أن المراسيم التنفيذية تتدخل لتنظيم كل ما هو نشاط ديني، وبالتالي يمكن لقاضي شؤون الأسرة الاعتماد عليها لتكريس الشريعة الإسلامية في مختلف قضايا الزواج، والنفقة، والطلاق، والحضانة، والهبة، والوقف...إلخ.

وبالمقابل قام قانون العقوبات **بحماية الشريعة الإسلامية على المستوى الجزائي**[39] بتجريم في نص المادة 144 مكرر2 من القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 كل من أساء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أو بقية الأنبياء أو استهزأ من الدين بالضرورة أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام بأية وسيلة كانت".

بناء على ما سبق يتضح الإطار التشريعي للشريعة الإسلامية فما هو إطارها القضائي؟.

المطلب الثالث: الإطار القضائي

تعد الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا طبقا للقانون، وهي بذلك تشكل الأداة القانونية الرئيسة لقاضي شؤون الأسرة الذي يتأثر بها حسب شموليتها وعموميتها ووضوحها ودقتها وحسن صياغتها، ويدفع الأمر قاضي شؤون

الأسرة إلى إعمال اجتهاده من أجل إيجاد الحلول المناسبة للقضايا والخصومات المعروضة عليه، حتى لا يقف موقفا سلبيا منها.

جاء في إحدى قرارات غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا المؤرخ في 25 جويلية 1995 لسنة 1996 المنشور بالمجلة القضائية العدد الأول[40] "**أنه من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا "أن لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئا**".

وجاء في قرار مؤرخ في 21 ماي 1996 بالمجلة القضائية سنة 1996 العدد الأول "**يتوجب كل من يدعي حق اكتسابه الجنسية الجزائرية الأصلية أن يثبت ذلك بانتسابه لذكرين من أصوله ولدا في الجزائر، ويتمتعان بالشريعة الإسلامية**".

جاء في قرار المحكمة العليا "**أنه لا مجال لتطبيق المادة 169 من قانون الأسرة بمفعول رجعي لوقائع سابقة والتي كرست التنزيل على المذهب الحنفي الذي يقول بالوصية الواجبة بخلاف المذهب المالكي المطبق قبل قانون الأسرة، لا يقول بالوصية الواجبة بل يعتبر التنزيل مسألة اختيارية ولا تحتاج فيها إلى شكل رسمي**"[41].

وجاء في تسبيب آخر للمحكمة العليا، "**قضى عن الوجه الوحيد الأخذ بالمعاش المستقل دون المسكن المنفرد، وذلك تطبيقا لقول خليل ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه**"[42].

انطلاقا من ذلك نجد أن قاضي شؤون الأسرة يسعى إلى تحقيق روح الشريعة الإسلامية بشتى مصادرها من **قرآن وسنة وإجماع وقياس** ..إلخ وذلك لتدارك العجز الذي يعتري القوانين وإتماما لذلك يقوم القاضي بحماية الدين الإسلامي على حساب الأديان الأخرى.

وجاء في قرار المحكمة العليا، "**برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما**"[43].

فالقاضي فضل في هذه المسألة أن تبقى البنتان داخل الأراضي الجزائرية حفاظا على دينهم الإسلامي، وهو ما يظهر من **عبارة** "**رفض وضع الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي**".

إذا رأينا أن القضاء يفضل الديانة الإسلامية عن الديانة المسيحية، وهذا تحصيل حاصل كون أن الدستور يحمي الدين الإسلامي من أي مساس، وهو ما يتضح من نص المادة 178 "**لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس بالإسلام باعتباره دين الدولة**".

وبطبيعة الحال فالمنع المطلق الذي يشمل أي تعديل دستوري معناه أنه لا يجوز أيضا لأي تشريع أن يمس بالإسلام باعتباره دين الدولة. استند القاضي في إحدى قراراته المؤرخة في 20 جوان 2001[44] على السنة بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "**لا توارث بين ملتين لأن الإسلام ملة والمسيحية ملة**".

وجاء في حيثيات قرار آخر مؤرخ في 18 أفريل 2001 بالاعتماد على قول الرسول صلى الله عليه وسلم "**اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة**".

وجاء في الكثير من القرارات منها القرار المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 تكريس الشريعة الإسلامية على عقد الحبس بالقول إن "**عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا**".

بهذا يبقى القاضي يجسد مصادر الشريعة الإسلامية ويختارها عن القانون الذي لا يفي في أغلب الأحيان بالغرض المطلوب وتبعا لذلك فالشريعة الإسلامية أوسع تنظيما من قانون الأسرة، نظرا لضيق المجالات التي ينظمها هذا الأخير مقارنة بالأرضية الواسعة والخصبة للفقه الإسلامي.

خاتمـة

إذا يتضح مما سبق أن قاضي شؤون الأسرة يطبق مصادر متنوعة وواسعة جدا في أحكامه لفصل مختلف النزاعات والقضايا التي تعرض أمامه من تنفيذ أحكام أجنبية، ونفقة، وطلاق، وحضانة، وزواج، وميراث، ووقف... إلخ، ولهذا فإنه من الأحسن أن يكون قاضي شؤون الأسرة متخصصا على مستوى الجامعات وعلى مستوى الدراسات العليا وعلى مستوى القضاء، وذلك حتى يمكنه الإلمام بالمصادر بشكل جيد وخاصة الشريعة الإسلامية التي تعتبر واسعة جدا مقارنة بالقوانين الأخرى ولاسيما قانون الأسرة.

كما أن الشريعة الإسلامية لها علاقة وطيدة بحياة المجتمع الجزائري المسلم إذ تعمل على تهذيبه في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية، وهي أقرب أن تريح المجتمع الجزائري من القوانين الغربية خاصة في مسائل الزواج والطلاق والميراث، ولهذا ينبغي تعديل قانون الأسرة الذي لم يستطع أن يتناول جل الأحكام الموجودة في الشريعة الإسلامية في مواده القليلة مقارنة ببقية القوانين الأخرى مثل القانون الجزائي والقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الهوامش:

1- د. ثروت الأسيوطي: نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية القاهرة، العدد الأول 1966، ص 70.

2- د محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية والإدارية، طبعة 06، دار هومة الجزائر، سنة 2008، ص 129.

3- رابحي أحسن مبدأ تدرج المعايير القانونية، في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، في القانون، جامعة الجزائر، 2005، ص 19.

– راجع : ماحي هني موسى، طبيعة النظام القضائي الجزائري، ومدى فعاليته في مراقبة أعمال الإدارة، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية ،كلية الحقوق الجزائر 1985 ص 50.

4- راجع المادة 61، من دستور 1963، أما بقية المواد 60، 62، فإنها لم تنص على التسبيب والعلانية.

5- راجع المادة 176، من دستور 1976، نصت على أن حق الدفاع معترف به، ومضمون في القضايا الجزائية.

6- راجع المادة 166 من دستور 1976.

7- راجع المواد 130، 135، 142، من دستور 1989، والمواد 144، 151 من دستور 1996.

8- القرار الصادر عن مجلة الاجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية العدد الخاص لسنة 2001، ص 53.

9- د عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، في المواد المدنية والتجارية، توزيع دار الفكر العربي، ط1، سنة 1983، ص 42.

10- المجلة القضائية العدد الأول سنة 1990، ص 52.

11- تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 08/ 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أكد على أن تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام جهات الاستئناف والنقض، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

استنادا لذلك اتجه هذا القانون نحو ضمان حق الدفاع على مستوى الجهات القضائية المدنية ،متناقضا مع الدستور الذي يضمن حق الدفاع على مستوى الجهات الجزائية فقط كما تناقض مع المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، إذ نصت المادة 8، منه أن "**لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية، لإنصافه الفعلي، من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية، التي يمنحها إياه الدستور أو القانون**".

فالمستقرئ لهذه المادة يعاين أن اختيار مدافع أمام المحاكم مجاني، في حين أن المادة 83، من قانون المحاماة تركت الحرية الكاملة للمحامي في تحديد الأتعاب، علاوة على الأتعاب الواجب دفعها، للمحضر القضائي، أو الموثق ،عند إجراءات التنفيذ، أو التوثيق، فأضحى بذلك من اللازم تعديل النص الدستوري، بما يتناسب وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ليكون الضمان على جميع المستويات المدنية والجزائية.

12- القرار الصادر عن مجلة الاجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية العدد الخاص لسنة 2001، ص 78.

13- د محمد فؤاد عبد الباسط، اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الجامعة الجديدة طبعة، سنة 2007، ص 18.

14- قرار مؤرخ في 16 سبتمبر 2009، مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، عدد1، ص 223 و226.

15- Duguit Léon, traité de droit constitutionnel, ancienne librairie, fontemoing et cie, editeurs 3ed, 1927 p 166.

16- القرار الصادر عن مجلة الاجتهاد القضائي غرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص لسنة 2001، ص 78.

17- قرار مؤرخ في 11 فيفري 2009 مجلة المحكمة العليا، سنة 2009، عدد1، ص 288.

18- Hauriou Maurice, précis de droit administratif et de droit public, 4eme édit, 1900, p 31.

19- Carré De Malberg: contribution à la thèorie générale de l'Etat recueil Sirey ,1920, p 691 et s 489.

20- قرار المؤرخ في 11 مارس 2009 مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2009، ص 275.

21- انظر المادة 76 من دستور 1996 جاء فيها "يؤدي رئيس الجمهورية اليمين الدستورية حسب النص الآتي: بسم الله الرحمن الرحيم ... أقسم بالله أن احترم الدين الإسلامي وأمجده ... ولله على ما أقول شهيد" وكذلك بالنسبة للمادة 04 من القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء والمادة 08 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق والمادة 17 من القانون رقم 03/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، حيث تبتدئ فيها اليمين القانونية ببسم الله الرحمن الرحيم.

22- د. بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 86 وما يليها، وفيها بين المصادر الأصلية للفقه الإسلامي وهي 1- القرآن -2- السنة النبوية 3- الإجماع 4- القياس، والمصادر التبعية هي الاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسلة العرف، والاستصحاب، وسد الذرائع، ومذهب الصحاب شرع ما قبلنا.

23- د. صبحي صالح، مباحث في علوم القرآن، بيروت، 1982، ص 23.

24- انظر أبي الفداء إسماعيل، ابن كثير القريشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج1، دار التوزيع والنشر الإسلامية ، ط1، 1998، ص 47، وفي هذا المؤلف نجد أن كلمة اسم المقصود بها البداية والاستفتاح، والله هو الاسم الأعظم لأنه يوصف بجميع الصفات والرحمان الرحيم، اسمان مشتقان من الرحمة على وجه المبالغة والرحمان أشد مبالغة من رحيم.

25- سورة النور، الآية 02.

26- سورة الشعراء، الآية 82.

27- سورة النحل، الآية 52.

28- د. عبد الرحمن خليفة، د. فضل الله محمد إسماعيل، النظم والنظريات السياسية الإسلامية، دار المعرفة الجامعية، 2003، ص 20 وص 29.

29- أد علي فيلالي، الدين والقانون، المجلة الجزائرية، عدد 2، سنة 1998، ص 64.

30- حليمة أيت حمودي، مكانة الشريعة الإسلامية من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية رقم 3، سنة 2001.

31- قبلان هشام، الدستور واليمين الدستورية، منشورات عويدات، بيروت لبنان، ط2 ن 1985، ص 26.

32- انظر قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل بالقانون 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل بالقانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002.

33- هذا يعني أن الشريعة الإسلامية دعوة لإرساء نظام تشريعي وسيادة القانون لأن العبرة في قدرة النظام على محاكاة الحياة وإيجاد الحلول العادلة لها وليست العبرة في زمن مجيئه أو ظروف نشأته.

34- المرسوم الرئاسي 171/91 المؤرخ في 28 ماي 1991 المتعلق بالمجلس الإسلامي الأعلى، الجريدة الرسمية 22 يونيو 1991، عدد 27.

35- المرسوم التنفيذي رقم 81/91 مؤرخ في 23 مارس 1991 المتعلق ببناء المساجد وتنظيمه وتحديد وظيفته الملغى بـ المرسوم التنفيذي رقم 13– 377 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 المتضمن القانون الأساسي للمسجد جريدة رسمية مؤرخة في 18 نوفمبر 2013.

36- المرسوم التنفيذي رقم 82/91 مؤرخ في 23 مارس 1991 المتضمن إحداث مؤسسة بالمسجد.

37- المرسوم التنفيذي رقم 83/91 مؤرخ في 23 مارس 1991 المتضمن إنشاء نظارة للشؤون الدينية وتحديد تنظيمها وعملها.

38- المرسوم التنفيذي رقم 135/07 مؤرخ في 17 ماي 2007 المحدد لشروط وكيفيات سير التظاهرات الدينية لغير المسلمين، جريدة رسمية مؤرخة في 20 ماي 2007 عدد 33.

39- المتمعن في نص المادة 144 مكرر 2 من قانون العقوبات يجد أن التكييف القانوني لهذه الجريمة تتمثل في جنحة عقوبتها من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 50000دج إلى 100000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

40- المجلة القضائية العدد الأول سنة 1996 ص 113 وص 120.

41- قضية (م.ص) ومن معه ضد (م.س)، قرار مؤرخ في 25 نوفمبر 1997 ملف رقم 173556، المجلة القضائية، العدد01، 1997، ص 48.

42- قضية (ب.ج) ضد (ش.م) ، قرار مؤرخ في 19 ماي 1998 ملف رقم 189339، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 217.

43- قرار مؤرخ في 02 جانفي 1989 ملف رقم 52207، مجلة قضائية، 1990، العدد 04، ص 74.

44- راجع القرار المنشور بالمجلة القضائية عدد أول، سنة 2003، ص 347 وص 360.

راجع أيضا القرار المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص 2001، ص 314.